

University of Groningen

## **Blijft mededinging verzekerd? Over staatssteun en de groepsvrijstelling van het kartelverbod voor verzekeraars**

Borgesius, J.

*Published in:*  
Verzekerings Archief

**IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.**

*Document Version*  
Publisher's PDF, also known as Version of record

*Publication date:*  
2009

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

### *Citation for published version (APA):*

Borgesius, J. (2009). Blijft mededinging verzekerd? Over staatssteun en de groepsvrijstelling van het kartelverbod voor verzekeraars. *Verzekerings Archief*, 86(3), 127-133.

### **Copyright**

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

### **Take-down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

## Blijft mededinging verzekerd?

### Over staatssteun en de groepsvrijstelling van het kartelverbod voor verzekeraars

Prof. mr. J. Borgesius

Staatssteun voor (bank-)verzekeraars en afspraken tussen verzekeraars over tariefberekeningen, standaardpolisvoorwaarden en samenwerking in verzekeringspools, kunnen de mededinging op verzekeringsmarkten merkbaar beperken. In beginsel zijn deze steun en deze afspraken verboden. In een tweetal recente publicaties verduidelijkt de Europese Commissie haar standpunt met betrekking tot de toepassing van het Europese mededingingsrecht op die onderwerpen. In deze bijdrage worden de hoofdlijnen weergegeven van de Mededeling staatssteun voor financiële ondernemingen en van het Verslag over de werking van de groepsvrijstelling voor mededingingsafspraken tussen verzekeraars. De staatssteunbeschikkingen van de Europese Commissie inzake de Garantieregeling banken, ING, Aegon, SNS REAAL, Fortis Verzekeringen Nederland en Fortis Corporate Insurance worden kort besproken.

#### ] Inleiding

Tot de doelstellingen van het EG-Verdrag<sup>1</sup> (hierna: EG) behoren een harmonische, evenwichtige en duurzame ontwikkeling van de economische activiteit, een hoog niveau van werkgelegenheid en van sociale bescherming, en (daardoor) verbetering van de levensstandaard en van de kwaliteit van het bestaan.<sup>2</sup> Middelen daartoe zijn onder meer een economisch beleid dat gevoerd wordt met inachtneming van het beginsel van een open markteconomie met vrije mededinging, en een regime waardoor wordt verzekerd dat de mededinging binnen de interne markt niet wordt vervalst.<sup>3</sup> Deze beginselen staan momenteel ter discussie als gevolg van de voortwoekerende vertrouwenscrisis op financiële en andere markten.

Het lijkt mij in dit verband nuttig de aandacht te vestigen op twee recente, voor het verzekeringsbedrijf relevante, documenten van de Europese Commissie (hierna: EC) op het gebied van het mededingingsrecht. Het eerste betreft de *Mededeling* staatssteun financiële ondernemingen van 25 oktober 2008,<sup>4</sup> nader uitgewerkt voor herkapitalisatie in de Mededeling van 15 januari 2009,<sup>5</sup> voor activaondersteuning in de Mededeling van 26 maart 2009,<sup>6</sup> en voor herstructureringssteun in de nog te publiceren Mededeling, die is vastgesteld op 22 juli 2009.<sup>7</sup> Het tweede document is het *Verslag* van 24 maart 2009 over de werking en eventuele verlenging van Verordening 358/2003, de groepsvrijstelling van het kartelverbod van art. 81 lid 1 EG voor bepaalde afspraken en vormen van samenwerking tussen verzekeraars.<sup>8</sup>

De auteur is vice-president van het Gerechtshof 's-Gravenhage, raadsheer plv. in het College van Beroep voor het bedrijfsleven, en hoogleraar Rijksuniversiteit Groningen.

<sup>1</sup> *PbEU* 2002, C 325/33.

<sup>2</sup> Zie art. 2 EG.

<sup>3</sup> Zie art. 3 EG, uitgewerkt in regels voor ondernemingen (kartelverbod van art. 81 EG, verbod van misbruik van machtspositie van art. 82 EG, en verbod van art. 7 van de EG-concentratieverordening, om een concentratie tot stand te brengen die niet bij de EC is aangemeld en met de gemeenschappelijke markt verenigbaar is verklaard) en regels voor de overheid (zoals het verbod van art. 86 lid 1 EG om met betrekking tot staatsbedrijven maatregelen te nemen die in strijd zijn met de mededingingsregels, en het verbod van steunmaatregelen van art. 87 EG).

<sup>4</sup> Mededeling van de Commissie - De toepassing van de staatssteunregels op maatregelen in het kader van de huidige wereldwijde financiële crisis genomen met betrekking tot financiële instellingen (2008/C 270/02), *PbEU* 2008, C 270/8.

<sup>5</sup> Mededeling van de Commissie - De herkapitalisatie van financiële instellingen in de huidige financiële crisis: beperking van steun tot het noodzakelijke minimum en bescherming tegen buitensporige mededingingsverstoringen (2009/C 10/03), *PbEU* 2009, C 10/2.

<sup>6</sup> Mededeling van de Commissie betreffende de behandeling van aan een bijzondere waardevermindering onderhevige activa in de communautaire banksector (2009/C 72/01), *PbEG* 2009, C 72/1.

<sup>7</sup> In de onofficiële Engelse tekst getiteld: The return to viability and the assessment of restructuring measures in the financial sector in the current crisis under the State aid rules, zie [http://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/legislation/specific\\_rules.html](http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/specific_rules.html).

<sup>8</sup> Verslag van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad over de werking van Verordening (EG) nr. 358/2003 van de commissie betreffende de toepassing van art. 81 lid 3 van het Verdrag op bepaalde groepen van overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de verzekeringssector, COM(2009) 138 def., zie <http://ec.europa.eu/competition/>.

## ] Staatssteun

## ] Algemeen

De Mededeling bevat wat onze Algemene wet bestuursrecht<sup>9</sup> (Awb) noemt: beleidsregels, dat zijn 'bij besluit vastgestelde algemene regels, niet zijnde algemeen verbindende voorschriften, omtrent de afweging van belangen, de vaststelling van feiten of de uitleg van wettelijke voorschriften bij het gebruik van een bevoegdheid van een overheidsbestuursorgaan'. Het bestuursorgaan is in beginsel aan de beleidsregel gebonden.<sup>10</sup> Hier gaat het om de bevoegdheid van de EC om een verboden steunmaatregel toch verenigbaar met de gemeenschappelijke markt te verklaren.

Voor zover hier van belang bepaalt art. 87 EG:

'1. Behoudens de afwijkingen waarin dit Verdrag voorziet, zijn steunmaatregelen van de Staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde produkties vervalsen of dreigen te vervalsen, onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt, voor zover deze steun het handelsverkeer tussen de Lid-Staten ongunstig beïnvloedt.(...)

3. Als verenigbaar met de gemeenschappelijke markt kunnen worden beschouwd: (...)

b) steunmaatregelen om (...) een ernstige verstoring in de economie van een Lid-Staat op te heffen,

c) steunmaatregelen om de ontwikkeling van bepaalde vormen van economische bedrijvigheid (...) te vergemakkelijken, mits de voorwaarden waaronder het handelsverkeer plaatsvindt daardoor niet zodanig worden veranderd dat het gemeenschappelijk belang wordt geschaad. (...)'

Wil sprake zijn van verboden staatssteun, dan moet aan vier voorwaarden cumulatief zijn voldaan: staatssteun, selectiviteit, effect op de mededinging en de handel tussen lidstaten. Staatssteun omvat niet alleen subsidies maar alle voordelen die direct of indirect uit overheidsmiddelen worden verleend, zoals kapitaalinjecties, herwaardering van activa, het afzien van terugbetaling van verschuldigde bedragen, staatsgaranties of het afzien van normale overheidsinkomsten (bijv. in het kader van belastingheffing). Indien de overheid deelneemt in ondernemingskapitaal op voorwaarden die ook

voor een particuliere investeerder acceptabel zouden zijn, valt die deelname niet onder het verbod (*market economy investor principle*). Met selectiviteit wordt bedoeld dat de maatregel niet alle maar slechts een of een aantal ondernemingen betreft. Niet onder het verbod valt steun die niet een merkbaar effect heeft op de mededinging. Daartoe moet worden vastgesteld of de positie van de begunstigde onderneming wordt versterkt ten opzichte van andere ondernemingen in dezelfde branche.<sup>11</sup> Op markten met internationaal opererende verzekeraars zal steeds aan de vierde voorwaarde zijn voldaan.

Als sprake is van staatssteun, moet het voorneemen daartoe bij de EC worden aangemeld ter beoordeling op verenigbaarheid met het Verdrag. Voor zover hier van belang bepaalt art. 88 EG:

'2. Indien de Commissie, na de belanghebbenden te hebben aangemaand hun opmerkingen te maken, vaststelt dat een steunmaatregel door een Staat of met staatsmiddelen bekostigd, volgens artikel 87 niet verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt of dat van deze steunmaatregel misbruik wordt gemaakt, bepaalt zij dat de betrokken Staat die steunmaatregel moet opheffen of wijzigen binnen de door haar vast te stellen termijn. (...)

3. De Commissie wordt van elk voorneemen tot invoering of wijziging van steunmaatregelen tijdig op de hoogte gebracht, om haar opmerkingen te kunnen maken. Indien zij meent dat zulk een voorneemen volgens artikel 87 onverenigbaar is met de gemeenschappelijke markt, vangt zij onverwijld de in het vorige lid bedoelde procedure aan. De betrokken Lid-Staat kan de voorgenomen maatregelen niet tot uitvoering brengen voordat die procedure tot een eindbeslissing heeft geleid.'

De laatste zin van art. 88 lid 3 EG bevat een zogenaamde *stand still*-bepaling met rechtstreekse werking: belanghebbenden kunnen bijvoorbeeld via de voorzieningenrechter van de rechtbank de Staat houden aan het uitvoeringsverbod.<sup>12</sup> Steun die zonder goedkeuring wordt verleend, is onrechtmatig en de EC kan eisen dat die door de Staat wordt teruggevorderd van de begunstigde onderneming. Dat kan een gevolg zijn van een klacht van een benadeelde concurrent.<sup>13</sup>

<sup>9</sup> Stb. 1992, 315 zoals nadien gewijzigd.

<sup>10</sup> Zie art. 1:3 lid 4 en art. 4:84 Awb.

<sup>11</sup> Zie o.a. P.J. Slot, Ch.R.A. Swaak, M.S. Mulder, *Inleiding mededingingsrecht 2007*, p. 230. In secundaire wetgeving is een kwantitatieve drempel opgenomen waar beneden voor steun aan vooral kleine en middelgrote ondernemingen merkbaarheid ontbreekt, zie Verordening (EG) nr. 1998/2006 van de Commissie van 15 december 2006 betreffende de toepassing van de art. 87 en 88 van het Verdrag op de *minimis*-steun, PbEU 2006, L 379/5 (€ 200.000 per drie jaar en garanties tot ten hoogste € 1,5 miljoen); blijkens de Mededeling van de Commissie – Tijdelijke communautaire kaderregeling inzake staatssteun ter stimulering van de toegang tot financiering in de huidige financiële en economische crisis (2009/C 16/01), PbEU 2009, C 16/1, zal tot 31 december 2010 staatsteun tot € 500.000 op grond van art. 87 lid 3 onder b), EG onder bepaalde voorwaarden toegestaan zijn. Een hierop gebaseerde Nederlandse maatregel is op 2 april 2009 door de EC goedgekeurd, zie steunmaatregel N 156/2009, [http://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/register](http://ec.europa.eu/competition/state_aid/register).

<sup>12</sup> Zie de Mededeling van de Commissie over de handhaving van de staatssteunregels door de nationale rechterlijke instanties, PbEU 2009, C 85/1.

<sup>13</sup> Zie Slot c.s. a.w. (nt. 11), p. 239.

] *Crisissteun voor (bank-)verzekeraars*

De *Mededeling* staatssteun financiële ondernemingen, die een aanvulling is op de Richtsnoeren reddings- en herstructureringssteun<sup>14</sup> en de Mededeling over de toepassing van de art. 87 en 88 EG op staatssteun in de vorm van garanties,<sup>15</sup> speelt in op de wens van de lidstaten om de belangen van consumenten en de stabiliteit van het financiële systeem te beschermen door garanties of door herkapitalisatie van kwetsbare systeemrelevante financiële ondernemingen, om aldus rechtszekerheid te garanderen en het vertrouwen op financiële markten te herstellen. Staatssteun voor individuele ondernemingen in moeilijkheden wordt gewoonlijk beoordeeld op grond van art. 87 lid 3 onder c EG. Evenwel kan de EC op basis van art. 87 lid 3 onder b EG ook steunmaatregelen toestaan 'om een ernstige verstoring in de economie van een lidstaat op te heffen'. Voor de financiële sector staat de EC toe dat op deze laatste bepaling een beroep wordt gedaan in de huidige uitzonderlijke omstandigheden waar het complete functioneren van de financiële markten in gevaar is, maar alleen zolang de crisissituatie de toepassing van deze bepaling rechtvaardigt. Immers, garanties en herkapitalisatie met overheidsmiddelen kunnen voor aanzienlijke mededingingsverstoringen zorgen, omdat zij een ongerechtvaardigd voordeel verlenen aan noodlijdende of minder goed presterende ondernemingen ten opzichte van fundamenteel gezonde en beter presterende ondernemingen, omdat zij de begunstigden een buitensporig voordeel bezorgen ten koste van concurrenten die geen steun vragen en op de markt proberen extra kapitaal aan te trekken, of omdat voor concurrenten uit andere lidstaten een ongelijk speelveld ontstaat. Daarom stelt de EC aan de steunmaatregelen strenge eisen, zoals objectieve en niet discriminerende criteria voor ondernemingen om voor de maatregel in aanmerking te komen, een looptijd van in beginsel maximaal zes maanden met mogelijkheid van verlenging, de voorwaarde dat de steun tot het strikt noodzakelijke minimum beperkt blijft, de eis dat beschermingsmaatregelen zijn getroffen tegen mogelijke misbruiken en buitensporige mededingingsverstoringen, en de voorwaarde dat er, na de garantiebetalen of kapitaalinjectie als noodmaatregel om de financiële onderneming door de crisis te helpen (dus uiterlijk na zes maanden), een herstructurerings- of liquidatieplan wordt aangemeld dat door de EC afzonderlijk op zijn verenigbaarheid met de staatssteunregels wordt beoordeeld.

] *Garantieregeling banken (steunmaatregel N 524/2008)*

Een voorbeeld van een nationale garantieregeling die door de EC voor de periode tot 30 juni 2009 verenigbaar is verklaard met de gemeenschappelijke markt, is te vinden in het Besluit van de EC van 30 oktober 2008 betreffende de Garantieregeling ten behoeve van banken in Nederland, zoals gedefinieerd in de Wet op het financieel toezicht<sup>16</sup> (hierna: Wft). De Nederlandse Staat

verwachtte dat met de aangemelde maatregel de financiering van financiële instellingen weer op gang zou komen, zodat de kredietverlening aan bedrijven en huishoudens gewaarborgd bleef. De garantiestelling, met een totale omvang van € 200 miljard, betrof (niet-achtergestelde) leningen aan banken zonder onderpandvereiste. De EC concludeerde dat sprake was van staatssteun in de zin van art. 87 lid 1 EG, overwegende:

'Het risico van de garantie wordt door de Staat gedragen en de maatregel houdt dus het gebruik van staatsmiddelen in. De maatregel is selectief omdat alleen bepaalde schulden van bepaalde banken zullen worden gegarandeerd. Dankzij de garantiestelling voor nieuw uitgegeven schuldinstrumenten krijgen de begunstigden de vereiste liquiditeit, daar waar zij dergelijke financiering op de markt niet of alleen tegen een hogere prijs hadden kunnen krijgen. Hiermee wordt de begunstigden een economisch voordeel verleend en wordt de positie van deze begunstigden versterkt ten opzichte van die van hun concurrenten. Bijgevolg dient de regeling te worden beschouwd als concurrentieverstorend. Aangezien dochterondernemingen van buitenlandse banken op de Nederlandse bankenmarkt aanwezig zijn en Nederlandse banken dochterondernemingen en activiteiten in andere lidstaten hebben, beïnvloedt de maatregel het intracommunautaire handelsverkeer ongunstig.'<sup>17</sup>

Evenwel verklaarde de EC de maatregel verenigbaar met de gemeenschappelijke markt op grond van art. 87 lid 3 onder b EG, na toetsing aan de voorwaarden zoals die in de *Mededeling* zijn uiteengezet.

] *Steun aan ING Groep N.V. (steunmaatregel nr. N 528/2008)*

Op 12 november 2008 heeft de EC op basis van de *Mededeling* de door de Nederlandse Staat aangemelde voorgenomen noodherkapitalisatie van bank-verzekeraar ING (125.000 werknemers) door de uitgifte van speciale effecten ter waarde van € 10 miljard goedgekeurd (waarvan € 3 miljard voor de verzekeringstak).<sup>18</sup> Het rendement van deze investering wordt voor de Staat geschat op meer dan 10%. Voorzien is in de aanstelling van twee overheidscommissarissen met goedkeuringsrecht voor belangrijke besluiten. De Nederlandse Staat en ING hebben zich verbonden om gezamenlijk binnen zes maanden een plan in te dienen waaruit blijkt op welke wijze ING haar levensvatbaarheid op lange termijn zal waarborgen en ook de mededingingsverstoringen een noodzakelijk minimum niet te boven gaan. ING heeft zich verbonden af te zien van een uitbreiding van haar bedrijfsactiviteiten indien deze uitbreiding zonder de kapitaalinjectie niet

<sup>14</sup> PbEU 2004, C 244/2.

<sup>15</sup> PbEU 2008, C 155/10.

<sup>16</sup> Wet van 28 september 2006, houdende regels met betrekking tot de financiële markten en het toezicht daarop, *Stb.* 2006, 475, zoals nadien gewijzigd.

<sup>17</sup> Steunmaatregel N 524/2008 - Nederland, randnr. 23, [http://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/register](http://ec.europa.eu/competition/state_aid/register), na nieuwe aanmelding verlengd per 30 juni 2009. Zie ook *Kamerstukken II* 2008/09, 31 371, nr. 18 en 31 789, nr. 3.

<sup>18</sup> Steunmaatregel nr. N 528/2008 - Nederland, [http://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/register](http://ec.europa.eu/competition/state_aid/register). Zie ook *Kamerstukken II* 2008/09, 31 371, nr. 23.

mogelijk zou zijn geweest, en geen grootscheepse marketingcampagnes te voeren waarbij de herkapitalisatiemaatregel als voordeel bij de mededinging wordt aangewend. De EC stelde vast dat sprake was van staatssteun in de zin van art. 87 lid 1 EG omdat ING zonder die steun een dergelijk financieringsbedrag niet op zo korte termijn en op vergelijkbare voorwaarden had kunnen verkrijgen gelet op de (toen) zeer wisselvallige marktomstandigheden. De EC gaf vervolgens toepassing aan art. 87 lid 3 onder b EG omdat in haar ogen was voldaan aan de voorwaarden van de *Mededeling* met betrekking tot geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid van de steun. Met name kon niet worden volstaan met een geringer steunbedrag of een maatregel in een minder mededingingsverstorende vorm, bijvoorbeeld een tijdelijke en beperkte garantie (zoals de back-upfaciliteit van de Staat van 26 januari 2009 voor de gesecuritiseerde Alt-A hypotheekportefeuille van ING<sup>19</sup>). Vanwege de omvangrijke verzekeringstak (het marktaandeel van ING alleen al op de levensverzekeringmarkt in Nederland werd toen geschat op 21%) had ING aanzienlijke beleggingen in aandelen en vastgoed die sinds het begin van de kredietcrisis in waarde waren verminderd, waardoor de solvabiliteitsmarge was gekrompen. De Nederlandsche Bank (hierna: DNB) had de aangemelde maatregel dringend noodzakelijk genoemd om een schadelijk spill-overeffect te voorkomen voor het gehele Nederlandse financiële stelsel en voor de economie als geheel.<sup>20</sup> Mede daarom achtte de EC het bedrag van € 10 miljard noodzakelijk om de bezorgdheid van de markt over de stabiliteit van ING, en derhalve van het Nederlandse financiële stelsel, weg te nemen. Uiterlijk 12 mei 2009 moest een geloofwaardig en goed onderbouwd plan voor de levensvatbaarheid van ING op lange termijn aan de EC ter beoordeling zijn voorgelegd, waardoor de geldigheid van het besluit automatisch werd verlengd tot de EC over het plan beslist heeft (tenzij ING intussen de effecten zou hebben teruggekocht tegen de afgesproken 150% van de uitgifteprijs).<sup>21</sup>

*] Steun aan Aegon N.V. (steunmaatregel nr. N 569/2008)*

Voor verzekeraar Aegon (30.000 werknemers) is een met die ten behoeve van ING vergelijkbare maatregel ter versterking van het kapitaal met in dit geval € 3 miljard door tussenkomst van Vereniging Aegon op 27 november 2008 goedgekeurd, na toetsing aan de voorwaarden van de *Mededeling*. Aegon is op de Nederlandse markt voor pensioenen de op een na grootste aanbieder, en heeft op de Nederlandse markt voor levensverzekeringen een aandeel van ruim 10%. De beschikking van de EC vertoont enkele verschillen met die inzake ING: zo heeft Aegon het recht om binnen een jaar op speciale voorwaarden € 1 miljard af te lossen.<sup>22</sup> Uiterlijk 27 mei 2009 moest Aegon haar levensvatbaarheidsplan indienen.

*] Steun aan SNS REAAL (steunmaatregel nr. N 611/2008)*

De solvabiliteit van SNS REAAL, de tweede levensverzekeraar in Nederland met een marktaandeel van 16%, is op condities vergelijkbaar met die aan Aegon versterkt met, in dit geval, een bedrag van € 750 miljoen. De eerste € 250 miljoen kan in het eerste jaar tegen bijzondere voorwaarden worden afgelost. De steunmaatregel is goedgekeurd door de EC op 11 december 2008.<sup>23</sup>

*] Fortis*

De Nederlandse Staat is op 3 oktober 2008 100% aandeelhouder geworden van Fortis Verzekeringen Nederland N.V. (nu: ASR Nederland), van Fortis Corporate Insurance N.V. en van Fortis Bank Nederland (Holding) N.V. Deze transactie is onderdeel van een pakket van maatregelen van België, Luxemburg en Nederland gezamenlijk ter ondersteuning van de Fortis-groep, getroffen tussen 29 september en 5 oktober 2008 ter beteugeling van het systeemrisico.<sup>24</sup> Om de concurrentievervalsingen te beperken heeft Fortis haar Nederlandse activiteiten verkocht die goed waren voor 40% van haar omvang. Daarna is zijzelf aan BNP Paribas doorverkocht. Bij beschikking van 3 december 2008 heeft de EC gedeeltelijk toestemming gegeven voor deze reddings- en herstructureringssteun.<sup>25</sup> Hier wordt alleen ingegaan op de

19 Bij Besluit van 31 maart 2009, steunmaatregel nr. N 138/2009, voor zes maanden goedgekeurd door de EC na toetsing van sommige onderdelen aan de voorwaarden van de *Mededeling* activaondersteuning, zie noot 6; andere onderdelen van de voorgenomen maatregel, waaronder de waardebeoordeling van de portefeuille, worden meer diepgaand onderzocht, zie persbericht IP/09/514. Een Alt-A hypotheek is een Amerikaanse hypotheek die om verschillende redenen riskanter wordt geacht dan A- of 'prime'-hypotheeken, en minder riskant dan 'subprime'-hypotheeken, de meest riskante categorie. Zie over deze steunmaatregel ook: *Kamerstukken II* 2008/09, 31 371, nr. 95, en 31 941, nr. 2, p. 27 e.v. (Rapport Kredietcrisis 2008/2009 van de Algemene Rekenkamer).

20 DNB heeft op grond van de Bankwet 1998, *Stb.* 200, twee te onderscheiden taken, één ter uitvoering van het EG-Verdrag in het kader van het Europees Stelsel van Centrale Banken (onder meer het leveren van een bijdrage tot 'de stabiliteit van het financiële stelsel', art. 3 lid 2) en een nationale taak ('het uitoefenen van toezicht op financiële instellingen op de voet van de daarvoor geldende wettelijke regelingen', art. 4 lid 1). Zie voor een dergelijke wet met name art. 1:24 Wft, op grond waarvan DNB onder meer op verzekeringsondernemingen prudentieel toezicht uitoefent 'gericht op de soliditeit' om aldus bij te dragen 'aan de stabiliteit van de financiële sector'. Vgl. Van Ardenne-Dick, *T&C Verzekeringsrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 406.

21 Het verwerven of opgeven van zeggenschap ('gekwalficeerde deelneming' in de zin van art. 1:1 Wft) als hier aan de orde is krachtens art. 3:95 Wft verboden behoudens verklaring van geen bezwaar van DNB (of de Minister van Financiën).

22 Steunmaatregel nr. N 569/2008 - Nederland, [http://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/register](http://ec.europa.eu/competition/state_aid/register). Zie ook *Kamerstukken II* 2008/09, 31 371, nr. 32.

23 Steunmaatregel nr. N 611/2008 - Nederland, [http://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/register](http://ec.europa.eu/competition/state_aid/register). Zie ook *Kamerstukken II* 2008/09, 31 371, nr. 48.

24 Onder 'systeemrisico' wordt verstaan het risico dat (financiële) problemen van één of meer financiële ondernemingen of markten een verlies van economische waarde of vertrouwen in een substantieel deel van het financiële stelsel veroorzaken, zie mijn *Economisch ordeningsrecht en verzekeringsbedrijf*, Groningen: Europa Law Publishing 2005, p. 43.

25 Niet aangemelde steunmaatregel NN 42/2008 - België, NN 46/2008 - Luxemburg, NN 53/A/2008 - Nederland, [http://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/register](http://ec.europa.eu/competition/state_aid/register).

aankoop van de twee verzekeraars.<sup>26</sup> Voor zover bekend betreft het gedeelte van de transactie dat nog niet is goedgekeurd, geen verzekeringsactiviteiten.<sup>27</sup> Fortis Verzekeringen Nederland en Fortis Corporate Insurance zijn overgenomen voor € 4 miljard.<sup>28</sup> De EC tekent in de eerste plaats aan dat een zakenbank de verzekeraar heeft gewaardeerd op € 5,9 miljard, een prijs dus die duidelijk hoger ligt dan de € 4 miljard die Nederland heeft betaald. Ten tweede sloot het door Nederland betaalde bedrag aan bij de huidige waarde zoals die was berekend door een andere zakenbank. Ten derde merkt de EC op dat de prijs die Nederland heeft betaald, waarderingsratio's<sup>29</sup> vertegenwoordigt die lager liggen dan die welke zijn vertegenwoordigd in de prijs die twee dagen nadien door BNP Paribas voor de verwerving van Fortis Insurance Belgium werden betaald. Op basis van de combinatie van deze drie elementen is de EC van oordeel dat de Nederlandse Staat geen prijs heeft betaald die boven de marktprijs ligt, en dat dus geen sprake is van verboden steun in de zin van art. 87 lid 1 EG.

### ] Groepsvrijstelling van het kartelverbod

Vergeleken met de *Mededeling* die het mogelijk maakt bij de toepassing van het mededingingsrecht op steunmaatregelen van de overheid het belang van een vrije en onvervalste mededinging op verzekeringsmarkten als gevolg van de crisis tijdelijk ondergeschikt te maken aan het (evenzeer algemene) belang om de stabiliteit van het financiële systeem te herstellen, mits aan de voorwaarden van de *Mededeling* is voldaan, zijn de plannen van de EC ten aanzien van de toepassing van het mededingingsrecht op kartelafspraken van verzekeraars, blijkend uit het *Verslag* over de werking van de groepsvrijstellingsverordening, op het eerste gezicht van geheel andere orde, maar ook hier wordt het belang van een vrije en onvervalste mededinging tot op zekere hoogte onder-

geschikt gemaakt aan - in dit geval - het belang van de kartellenden bij samenwerking die - evenzeer als onvervalste mededinging - ten voordele van consumenten strekt.

### ] Algemeen

Het kartelverbod van het Europese mededingingsrecht is neergelegd in art. 81 EG, dat voor zover hier van belang als volgt luidt:

- '1. Onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en verboden zijn alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemersverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen Lid-Staten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst (...)
2. De krachtens dit artikel verboden overeenkomsten of besluiten zijn van rechtswege nietig.
3. De bepalingen van lid 1 van dit artikel kunnen echter buiten toepassing worden verklaard (...) voor overeenkomsten (...) die bijdragen tot verbetering van de produktie of van de verdeling der produkten of tot verbetering van de technische of economische vooruitgang, mits een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen de gebruikers ten goede komt, en zonder nochtans aan de betrokken ondernemingen
  - a) beperkingen op te leggen welke voor het bereiken van deze doelstellingen niet onmisbaar zijn,
  - b) de mogelijkheid te geven, voor een wezenlijk deel van de betrokken produkten de mededinging uit te schakelen.'

Onze Mededingingswet<sup>30</sup> (hierna: Mw) kent in art. 6 een vrijwel gelijkkluidende bepaling die is afgestemd

<sup>26</sup> De Staat heeft via Fortis Verzekeringen Nederland direct of indirect zeggenschap verkregen, na verkregen verklaringen van geen bezwaar in de zin van art.

3:95 Wft, in zestien financiële ondernemingen, waaronder ABN AMRO Levensverzekering N.V., ABN AMRO Schadeverzekering N.V., N.V. Amersfoortse Algemene Verzekering Maatschappij, N.V. Amersfoortse Levensverzekering Maatschappij, Ardenta N.V., Europeesche Verzekering Maatschappij N.V., Falcon Leven N.V., Fortis Aanvullende Ziektekostenverzekeringen N.V., Fortis ASR Levensverzekering N.V., Fortis ASR Schadeverzekering N.V., Fortis Basis Ziektekostenverzekeringen N.V., Fortis Ziektekostenverzekeringen N.V., Interlloyd Levensverzekering Maatschappij N.V. en VSB Leven N.V., zie *Stcrt.* 2008, 248.

<sup>27</sup> Blijkens persbericht IP/09/565 van 8 april 2009 is de EC een grondig onderzoek begonnen naar de transactie wat betreft de overname door de Nederlandse Staat van Fortis Bank Nederland (Holding) N.V. (die ook de activa van onderdelen van ABN Amro omvatte, via RFS Holdings B.V.) voor de prijs van € 12,8 miljard en de daarbij verstrekte financiering ten belope van maximaal € 34 miljard met het oog op de terugbetaling van de kortlopende schulden en van € 16 miljard voor langlopende schulden van Fortis Bank Nederland aan haar Belgische moeder (om een formele scheiding tussen de Belgische en Nederlandse delen van Fortis Bank mogelijk te maken). De EC vermoedt dat de looptijd van, en de vergoeding voor, de kredietfaciliteiten, en de overnameprijs voor de onderdelen ABN Amro in haar bezit, niet voldoen aan de criteria van de *Mededeling* staatssteun financiële ondernemingen, en een middel zijn om Fortis Bank Nederland en de onderdelen ABN Amro goedkope financiering te verstrekken. Ook lag de prijs (€ 6,5 miljard) waarvoor de Staat op 24 december 2008 het 33,8% Fortis-aandeel in RFS Holdings B.V. met de op basis van het Consortium Shareholders Agreement toebedeelde onderdelen ABN Amro heeft overgenomen, misschien boven de marktwaarde van deze activa, waardoor die bank steun zou hebben ontvangen die niet voldoet aan de voorwaarden van de *Mededeling* herkapitalisatie financiële ondernemingen. In het kader van de EU-concentratiecontrole is de Staat, door in de plaats van Fortis te treden in de Consortium Agreement, gebonden aan de toezegging aan de EC om de Nederlandse onderdelen van ABN Amro en Fortis Bank Nederland niet te integreren zonder voorafgaande afstoting van bepaalde deelnemingen, waarzonder de mededinging op significante wijze zou worden belemmerd, zie EC MEMO/08/729 van 21 november 2008 en *Kamerstukken II* 2008/09, 31 789, nr. 12, p. 6.

<sup>28</sup> Hoewel niet uitdrukkelijk vermeld, zal hierin begrepen zijn de koopprijs voor de aandelen Fortis Corporate Insurance N.V., zie *Kamerstukken II* 2008/09, 31 371, nr. 12, p. 4. Inmiddels heeft de Staat via een 'gecontroleerde veiling' de aandelen verkocht aan Amlin Plc (Groot-Brittannië) voor € 350 miljoen, zie *Kamerstukken II* 2008/09, 31 789, nr. 6 en 7.

<sup>29</sup> De Price/Earning-ratio en de Price/Embedded Value-ratio.

<sup>30</sup> Wet van 22 mei 1997, houdende nieuwe regels omtrent de economische mededinging, *Stb.* 1997, 242, zoals nadien gewijzigd.



op de Nederlandse markt. De Nederlandse Mededingingsautoriteit is belast met de handhaving van de Mw en ook, samen met de EC, van art. 81 EG, voor zover kartels op de Nederlandse markt een Europese dimensie hebben ('de handel tussen Lid-Staten ongunstig kunnen beïnvloeden').<sup>31</sup>

#### *] De verzekeringssector*

Op 31 maart 2010 komt Verordening (EG) nr. 358/2003,<sup>32</sup> de groepsvrijstelling van het kartelverbod voor bepaalde kartels in de verzekeringssector, te vervallen. In haar *Verslag* van 24 maart 2009<sup>33</sup> evalueert de EC de werking en doet voorstellen voor wijziging van de regeling. De huidige Verordening, die via art. 13 Mw ook geldt voor kartels zonder Europese dimensie, verklaart het kartelverbod buiten toepassing - mits aan de voorwaarden van de Verordening is voldaan - voor een viertal groepen van overeenkomsten tussen verzekeraars die volgens de EC voldoen aan de - cumulatieve - voorwaarden van art. 81 lid 3 EG. Het betreft overeenkomsten 1) voor gemeenschappelijke berekeningen, tabellen en onderzoeken nodig voor een verantwoorde risico- en premiecalculatie, 2) voor standaardpolisvoorwaarden en modellen, 3) voor gemeenschappelijke dekking van bepaalde soorten risico's (verzekerings- en herverzekeringspools), en 4) voor veiligheidsvoorzieningen.

Wat de *eerste* groep betreft, concludeert de EC in het *Verslag* dat samenwerking op dit gebied kenmerkend is voor het verzekeringsbedrijf. De kosten van verzekeringsproducten zijn onbekend op het moment dat de premie wordt vastgesteld en het risico wordt verzekerd. Daarom is de toegang tot statistische gegevens noodzakelijk om de prijs van risico's op technische basis te bepalen. Volgens de Verordening dienen verzekeraars, wanneer zij deze vormen van samenwerking aangaan, op niet-discriminerende basis toegang te verlenen tot de verzamelde gegevens aan andere verzekeraars. In het uitvoerige raadplegingsproces in het kader van de evaluatie is gebleken dat indien de groepsvrijstellingsverordening niet zou worden verlengd, (kleinere) verzekeraars niet tot de markt zouden kunnen toetreden of de markt zouden moeten verlaten als de toegang tot bedoelde gegevens zou worden geblokkeerd om de markt af te scherm. De EC wil voorkomen dat deze (per saldo) concurrentiebevorderende samenwerking afneemt.

De *tweede* groep overeenkomsten betreft standaardpolisvoorwaarden. De EC concludeert dat samenwerking op dit gebied geen specifiek kenmerk is van de verzekeringssector. Technisch of juridisch ingewikkelde overeenkomsten in een snel veranderend juridisch klimaat zijn in meerdere sectoren van de economie gangbaar (bijvoorbeeld bij banken). Veel brancheverenigingen hebben het voortouw genomen op het gebied van stan-

daardpolisvoorwaarden, waarmee wordt bevestigd dat het onwaarschijnlijk is dat zonder groepsvrijstellingsverordening geen standaardpolisvoorwaarden meer zouden worden vastgesteld, te meer omdat deze voorwaarden volgens de EC niet in strijd behoeven te zijn met het kartelverbod of voldoen aan de - door verzekeraars sinds 1 mei 2004<sup>34</sup> zelf toe te passen - vrijstellingscriteria van art. 81 lid 3 EG. Indien de Verordening niet wordt verlengd, overweegt de EC om richtsnoeren (beleidsregels) vast te stellen.

Ten aanzien van co- en reassurantiepools voor bestaande en nieuwe risico's (de *derde* groep) ziet de EC weer wel een kenmerkend verschil met andere sectoren van de economie. Voor zover individuele verzekeraars niet bereid of in staat zijn het gehele (atoom-, terrorisme- of milieu-)risico alleen te dragen, is samenwerking ter zake van premie en voorwaarden noodzakelijk om ervoor te zorgen dat een dergelijk risico wordt gedekt, maar deze pools kunnen dan ongeacht hun marktaandeel als niet-concurrentieverstorend worden beschouwd. Uit de in het kader van de evaluatie gegeven antwoorden blijkt dat veel pools bij hun wetgevingsanalyse geen rekening houden met deze mogelijkheid en ten onrechte verklaren dat zij de groepsvrijstellingsverordening nodig hebben omwille van de rechtszekerheid, terwijl zij in feite waarschijnlijk niet onder de werkingssfeer van het kartelverbod en de vrijstellingsverordening vallen. Daar waar een pool zou kunnen worden vervangen door twee of meer concurrerende verzekeraars zal een van de voorwaarden voor vrijstelling aangepast moeten worden, te weten de eis dat het marktaandeel van de aan de pool deelnemende verzekeraars op geen van de betrokken markten groter is dan 20%. De EC meent dat de thans in de Verordening neergelegde methode van berekening van het marktaandeel een voorkeursbehandeling oplevert voor de verzekeringssector ten opzichte van andere sectoren die vallen onder de algemene mededingingsregels voor horizontale samenwerking. Na aanpassing zal de beperking van de mededinging als gevolg van de pool kunnen opwegen tegen de (efficiëntie-)voordelen. Verder wil de EC in een mededeling (beleidsregel) nader ingaan op de noodzaak om in individuele gevallen een zorgvuldige juridische zelfbeoordeling ('*self assessment*') te verrichten. Gebleken is namelijk dat veel verzekeraars de vrijstelling voor pools ten onrechte als een algemene vrijstelling gebruiken, zonder te onderzoeken of een pool onder de Verordening valt. Het is onder meer noodzakelijk om de relevante productmarkt en geografische markt nauwgezet af te bakenen om te kunnen beoordelen of aan de marktaandeeldrempels van de Verordening wordt voldaan.<sup>35</sup>

Wat ten slotte de *vierde* groep van overeenkomsten betreft, die inzake veiligheidsvoorzieningen, concludeert de EC dat verlenging van de Verordening niet

<sup>31</sup> Zie art. 4 en 5 van Verordening (EG) Nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de art. 81 en 82 van het Verdrag, *PbEU* 2003, L 1/1.

<sup>32</sup> Verordening (EG) nr. 358/2003 betreffende de toepassing van art. 81 lid 3 van het Verdrag op bepaalde groepen van overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de verzekeringssector, *PbEU* 2003, L 53/8. Zie over deze Verordening mijn bijdrage in de *Kamphuisen-bundel*, Deventer: Kluwer 2004, p. 1-17.

<sup>33</sup> Zie noot 8.

<sup>34</sup> De datum van inwerkingtreding van art. 1 lid 2 van Verordening (EG) Nr. 1/2003 (zie noot 31).

<sup>35</sup> Zie over marktafbakening onder meer: A.W.A. Boot, Financiële sector en concurrentie, *ESB* 2005, p. D24.

gewenst is. Verzekeraars kunnen gebruik maken van bestaande - eventueel aan te passen - beleidsregels.<sup>36</sup>

### ] Besluit

Op het moment van schrijven van deze bijdrage is nog onbekend of de EC de staatssteunmaatregelen van Nederland ten gunste van genoemde verzekeraars (onverkort) zal verlengen, en wat haar definitieve standpunt zal zijn ten aanzien van het verlengen van de groepsvrijstellingsverordening voor bepaalde verzekeringskartellen. Beëindiging van de steunmaatregelen zal concurrentiebevorderend werken, en efficiënte en innovatieve (bank-)verzekeraars die niet met staatshulp maar op eigen kracht door de crisis zijn gekomen, in staat stellen eventueel verloren marktaandeel terug te veroveren op de gesteunde en daardoor wellicht minder 'scherp' geworden concurrenten. Hoewel verzekeraars vrezen dat het niet verlengen van de groepsvrijstellingsverordening voor hen nadelig zal zijn, gezien de onzekerheid, en de inspanningen en kosten die met 'self assessment' gepaard gaan, wijst

de EC er denk ik met recht op dat verzekeraars het onderzoek lijken te onderschatten dat nodig is om te beoordelen of een afspraak onder de groepsvrijstellingsverordening valt. Indien samenwerking op de vrijgestelde gebieden zo belangrijk is voor de verzekeringssector, zou men verwachten dat de noodzaak om samen te werken de behoefte aan de 'safe haven' van de Verordening zou doen vergeten. In de praktijk werken verzekeraars immers ook samen bijvoorbeeld door overeenkomsten op het gebied van schadeafwikkeling en registratie van verhoogde risico's zonder daarvoor een groepsvrijstellingsverordening te verlangen. Minder zware instrumenten van economisch overheidsbeleid, zoals beleidsregels, kunnen dan volstaan.

Hoe dat zij, mij dunkt dat door snelle beëindiging van de staatssteunmaatregelen en het niet verlengen van de groepsvrijstellingsverordening ten aanzien van afspraken over standaardpolisvoorwaarden en veiligheidsvoorzieningen de mededinging op verzekeringsmarkten onverminderd verzekerd blijft.

<sup>36</sup> Zie Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van art. 81 EG op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, *PbEU* 2001, C 3/2. Deze Richtsnoeren worden thans herzien.